

Causales de objeción para una integración empresarial avisada a la autoridad de competencia y sus remedios¹

MAURICIO VELANDIA

*Cuando el maestro tiene sueño, duerme.
Cuando el maestro no tiene sueño, no duerme.*

RESUMEN

Este documento desarrolla las causales de objeción de las integraciones empresariales dentro del proceso de autorización que adelanta la autoridad de competencia. Igualmente, se hace una explicación de los remedios para las integraciones empresariales.

Palabras clave: Integraciones empresariales; Autorización; Condicionamientos; Causales de objeción; Remedios; Autoridad de competencia.

OBJECTION GROUNDS FOR AN ENTERPRISE INTEGRATION ALERTED TO THE COMPETITION AUTHORITY AND ITS REMEDIES

ABSTRACT

This document explains the legal causes for competence agencies to demur or invalidate a merger or an acquisition at a merger control proceeding. Likewise points out the applicable remedies to mergers.

Keywords: Mergers and Acquisitions; Authorization; Conditioning; Demur/Invalidating Causes; Remedies; Competence Agency.

- 1 Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2019. Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019. Para citar el artículo: Velandia, M. (2019). Causales de objeción para una integración empresarial avisada a la autoridad de competencia y sus remedios, en *Revista Con-texto*, n.º 52, pp. 49-66. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n52.04>

INTRODUCCIÓN

El control de integraciones empresariales como campo de estudio del Derecho anti-monopolio propende por la protección de la libre competencia económica. Si bien el ordenamiento jurídico colombiano prevé una causal genérica de objeción en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, dicha causal deberá ser dotada de contenido por vía de las normas interpretativas² que le correspondan y de interpretación doctrinal³.

En este escrito, se hará una explicación de las causas que permiten objetar una integración empresarial y que deben entenderse incluidas en las causales genéricas de objeción previstas por el ordenamiento jurídico. De igual forma, se hará una breve explicación del proceso de autorización que se surte ante la autoridad de competencia, dentro del cual la autoridad podrá aprobar, objetar o condicionar la operación de concentración económica.

Por último, explicaremos y distinguiremos los remedios aplicables a las integraciones empresariales y a los acuerdos restrictivos de orden horizontal, junto con unos breves comentarios a algunos de ellos.

Este texto pretende ahondar temas poco tratados en el Derecho antimonopolio, en específico en el área de las integraciones empresariales. Se abordan ideas que además de tener una relevancia en el estudio teórico de esta disciplina, tienen gran trascendencia en el campo práctico. En este documento tuve la valiosa colaboración de María Cristina Quintero, quien con su investigación permanente me hizo pensar y desarrollar una sistematización de normas privadas, administrativas y constitucionales.

Este escrito es en honor a mi casa de estudios, mi amado Externado. Por último, remito a cada uno de los lectores a las clases grabadas de Derecho de la Competencia que están disponibles en www.mauriciovelandia.com, que contienen tanto el tema de libre competencia como de leal competencia, bajo el ícono *El ocaso del monopolio*.

DESARROLLO

1. INTEGRACIONES EMPRESARIALES

El Derecho siempre viene precedido por una realidad que debe ser regulada. Así, el Derecho de la Competencia responde a las realidades que se presentan en el sector em-

2 Normas interpretativas como clasificación normativa conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del Código Civil, así: "Artículo 14. De las leyes que declaran el sentido de otras leyes. Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en estas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

3 La interpretación doctrinal como mecanismo para la búsqueda del verdadero sentido de las disposiciones aplicables, es dispuesto por el artículo 26 del Código Civil. Veamos: "Artículo 26. Interpretación Doctrinal. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares".

Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina.

presarial. Una de estas realidades que debe regular el Derecho de la competencia son las integraciones jurídico-empresariales.

Dichas integraciones o concentraciones jurídico-empresariales no se encuentran definidas por la ley y ello responde a una sencilla razón: es una consecuencia o resultado económico que tiene como fuente la autonomía de la voluntad entre los empresarios que tiene su base y se sienta sobre el desarrollo de los artículos 1, 2, 58, 333 y 334 constitucionales.

Así pues, hemos ya definido doctrinariamente el concepto de la concentración jurídico-económica como "una consecuencia económica de un negocio jurídico (...) refleja el resultado económico de un contrato dentro de un mercado relevante, particularmente la modificación del mercado en la estructura de la oferta" (Velandia, 2011, p. 229). En este mismo sentido, dichas "(...) operaciones de concentración persiguen, por regla general, la realización de una serie de eficiencias que no podrían alcanzarse si las empresas que pretenden fusionarse siguiesen operando por separado" (Cañizares y Domínguez, 2008, p. 181).

2. CLASES DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Retomando lo dicho, la concentración económica es una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes concretada en un negocio jurídico; sin embargo, tal consideración no implicará que cualquier negocio jurídico conlleve como consecuencia una integración empresarial o que, por el contrario, una integración empresarial solamente pueda provenir de un negocio jurídico y que por ende solo pueda existir una forma de integración empresarial.

Aspecto diferente es el de la tipología de integraciones económicas que existen. Estas podrán ser de dos tipos: generalmente hablamos de las integraciones verticales u horizontales, dependiendo del eslabón de la cadena productiva en la que se encuentren cada una de las empresas que pretenden integrarse.

"Las concentraciones *horizontales* serán aquellas entre competidores, es decir, compañías que desarrollen funciones similares en la producción o distribución de bienes o servicios comparables" (Lemley y Leslie, 2010, p. 109). Es decir, que se encuentren en el mismo eslabón de la cadena de producción. De forma opuesta, serán *verticales* aquellas integraciones empresariales que se realicen entre empresas que trabajan en etapas sucesivas del proceso de producción (Motta, 2018), es decir, entre agentes que no son competidores, sino que sostienen relaciones tales como las de distribución o suministro.

Ahora bien, con respecto a la forma jurídica que tome la operación de integración no hay una clasificación. Como ya se mencionó, la forma jurídica que tome la integración dependerá de la voluntad de los empresarios y, en consecuencia, la multiplicidad de negocios jurídicos típicos, atípicos, nominados o innominados que pueden dar lugar a integraciones económicas será incalculable. Por ende, no podrá hablarse de una clasificación o listado taxativos de formas preestablecidas.

Sobre este aspecto del “negocio o forma jurídica”, el artículo 9 de nuestra Ley 1340 de 2009 indica:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las *operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada...*

3. INTEGRACIÓN POR EMPRESA EN COMÚN

Una forma que pueden tomar las operaciones de integración empresarial es la de *creación de empresa nueva o empresa en común*, consistente en la creación de una nueva o tercera empresa por parte de las empresas que pretenden integrarse, sin que estas pierdan su personalidad jurídica o desaparezcan como agentes del mercado.

En este tipo de integración aparecerá un nuevo agente en el mercado, el cual podrá entrar a competir junto con las empresas que le dieron origen, pero en general, son constituidas para agrupar estructuras en un eslabón anterior como productor o proveedor de insumos que son comprados por terceros, ganando poder de negociación, o son empresas constituidas para hacer planes y desarrollar la logística de dos empresas diferentes.

Figura 1
Integración horizontal

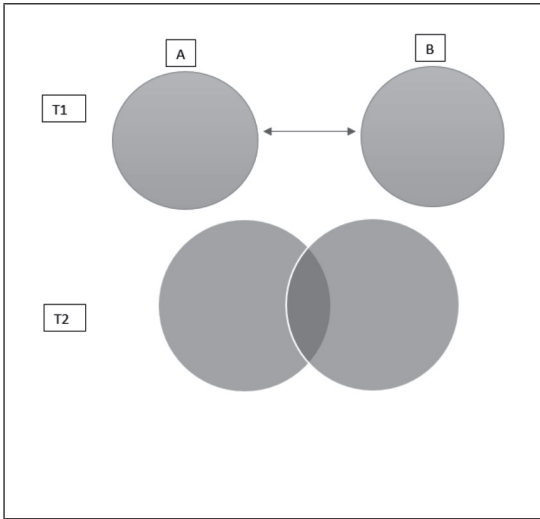
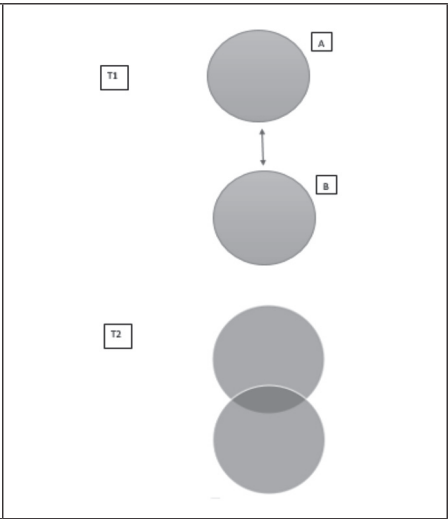
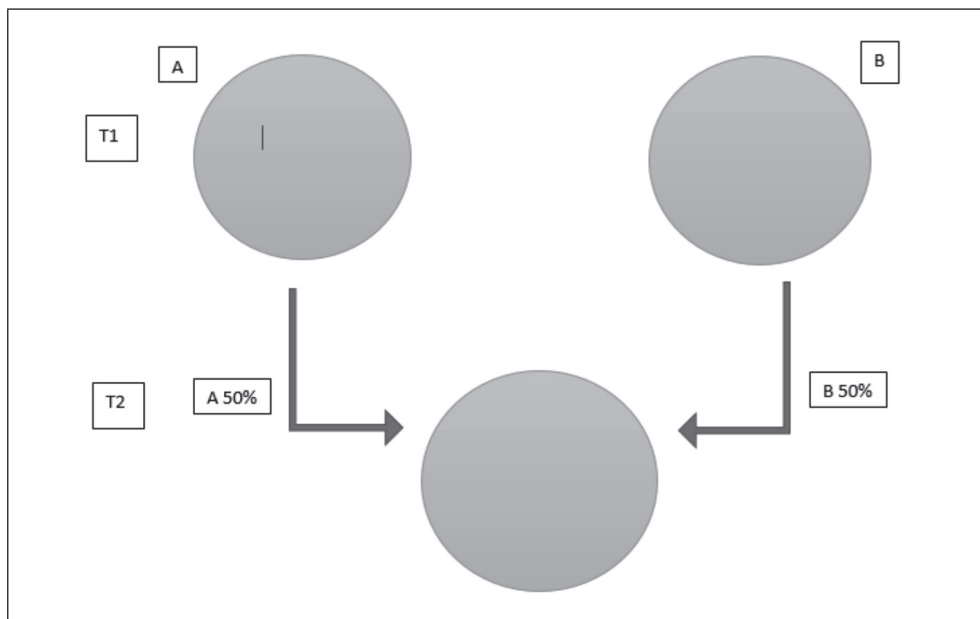


Figura 2
Integración vertical



Fuente: Elaboración propia.

Figura 3
Integración por creación de empresa nueva



Fuente: Elaboración propia.

Bajo este entendido, pasaremos a explicar el objetivo de las funciones de supervisión y control que ejercen las autoridades administrativas en materia de competencia frente a las operaciones de concentración económica.

4. AUTORIZACIÓN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES

Ya hemos visto qué es una integración empresarial y que puede tomar multiplicidad de formas. Ahora pasaremos a ver el mecanismo de control de integraciones empresariales.

En Colombia, la supervisión que hace la autoridad administrativa en materia de competencia, frente a las integraciones empresariales es un control *ex ante* a diferencia del control que se realiza sobre los carteles, actos y abusos de posición dominante, que es un control *ex post*. Dicho en otros términos, el control *ex ante* que se realiza sobre las concentraciones empresariales es en esencia un *acto autorizatorio de la administración*. Así, la administración representada acá por la Superintendencia de Industria y Comercio autoriza el ejercicio de un derecho preexistente (García de Enterría y Fernández, 2002, p. 135), que en este caso será el derecho constitucional a la libre iniciativa privada.

En concreto, establece el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009^[4], que las empresas que cumplan con los requisitos que allí se establecen tienen la obligación de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las condiciones de la operación y, con base en ello, la entidad procederá a aprobar la operación, imponerle condicionamientos u objetarla cuando quiera que esta *tienda a restringir indebidamente la competencia*.

Así las cosas, el paso que viene ahora es definir el alcance jurídico de la causal genérica de objeción "que tienda a restringir indebidamente la competencia".

Retomando lo dicho por García de Enterría y Fernández (2002), la potestad discrecional de la administración supone una remisión legal que hace el ordenamiento jurídico a una estimación administrativa, para que se complete el cuadro regulativo de la potestad y las condiciones bajo las cuales se ejercerá. Sin embargo, no se trata de una atribución que se haga a las autoridades administrativas para que se haga uso de la discrecionalidad al margen de lo que dice la ley, sino que hay discrecionalidad "... justamente solo en virtud de la ley y en la medida en que la ley haya dispuesto" (p. 456). Entonces, la autorización que expedirá la Superintendencia, aun cuando no es estrictamente reglada dado que no existen unas causales de objeción y de condicionamiento establecidas como *numerus clausus*, tendrá que estar *perfectamente motivada* y en todo caso atender al criterio de objeción general que establece el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009: *Tender a restringir indebidamente la libre competencia*.

5. OBJETO DE LA AUTORIZACIÓN

En el Reino Unido y Estados Unidos se usa el criterio de la "reducción sustancial de la competencia o la tendencia a crear un monopolio"⁵, y a simple vista es perceptible que el segundo es más específico que el existente en la legislación colombiana, al referirse a

- 4 "Artículo 9°. Control de integraciones empresariales. Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

"1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o

"2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

"En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% (sic) mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación".

- 5 En Estados Unidos es la sección 7^{ma} del Clayton Act la que establece este criterio de objeción o de declaratoria de ilegalidad de las integraciones empresariales: "Section 7 of the Clayton Act prohibits mergers and acquisitions where the effect 'may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.'" Tomado de: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>.

la creación de posición dominante como un criterio de objeción de las integraciones. Es entonces patente que el estándar de objeción podrá variar en su grado de especificidad, dependiendo de las consideraciones que cada Estado tenga frente a la protección de su sistema de economía de mercado y las conductas que considere como lesivas o disruptivas de la libertad de competencia. Por ejemplo, el ordenamiento jurídico alemán toma como criterio o estándar para objetar una concentración económica, "que se impida significativamente la competencia efectiva, en particular una concentración que se espere que cree o fortalezca una posición dominante"⁶ junto con el criterio usado a nivel de la Unión Europea, referido al "impedimento significativo de la competencia efectiva". Se evidencia así, que por ejemplo el criterio usado por el Bundeskartellamt alemán es más específico y da mayor importancia al poder de mercado de los agentes integrantes.

La especificidad del criterio que use cada ordenamiento jurídico es algo propio de la libre determinación de cada Estado. Sin embargo, los posibles motivos de objeción o improbación de una integración empresarial no resultan de manera unívoca de la arbitrariedad del legislador.

6. CAUSALES DE OBJECIÓN A LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES

En Colombia se tiene el contenido del artículo 5 del Decreto 1302 de 1964, en el que se establecen dos (2) causales que desarrollan el concepto "que tienda a restringir indebidamente la competencia". Veamos:

Artículo 5°. Para los efectos del párrafo 1°. del artículo 4°. de la Ley 155 de 1959, se presume que una concentración jurídico-económica tiende a producir indebida restricción de la libre competencia:

- a) Cuando ha sido precedida de convenios ligados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;
- b) Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores o de los consumidores.

6.1. Que vengán precedidas de carteles o acuerdos anticompetitivos

Respecto de esta causal, que se debería considerar como fundamental en dicha disciplina, no se ha dicho lo suficiente. Los diferentes autores son concluyentes en establecer

6 § 36 del GWB (Competition act)- Capítulo 7 : Texto original: (1) A concentration which would significantly impede effective competition, in particular a concentration which is expected to create or strengthen a dominant position, shall be prohibited by the Bundeskartellamt." Tomado de: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0339

que las concentraciones económicas pueden ser perjudiciales para los sistemas de libre competencia y de economía de mercado, en la medida que pueden conllevar distorsiones de la competencia efectiva y desincentivar a los agentes a competir. Lo anterior implica analizar hacia el futuro los posibles efectos que pueda tener la integración, pero poco se ha hablado de la importancia de tener en cuenta, para hacer este tipo de proyecciones o prever este tipo de consecuencias, *la conducta que han tenido anteriormente las empresas que pretenden integrarse*.

Siendo que la cartelización es una conducta expresamente prohibida por las normas antimonopolio y que las empresas de manera libre y voluntaria deciden actuar contra Derecho al cartelizarse, *dicha situación se debe establecer como un hito o punto de referencia relevante a la hora de analizar el comportamiento competitivo de una empresa*. A su vez, dicho hito debe ser el sustrato para hacer proyecciones sobre su conducta futura, el cual puede, incluso, constituir un indicio o antecedente –aunque fuera leve– *de sus intenciones en el mercado*.

Pues bien, pese a que de manera expresa no encontramos en la doctrina nacional e internacional esta situación como causal de objeción de las integraciones empresariales, consideramos que es una causal que deriva de la lógica misma que se desprende de la finalidad máxima del Derecho antimonopolio, la cual es proteger la libre competencia. En consecuencia, siendo un motivo de objeción directamente deducible de los fines de protección de esta área del Derecho, debe entenderse incluida y comprendida por los conceptos amplios que son usados por el legislador como causal genérica de objeción. Así las cosas, retomando los conceptos o criterios que vimos que usan las diferentes legislaciones, como por ejemplo *tender a restringir indebidamente la competencia, que implique una reducción sustancial de la competencia, tienda a crear un monopolio, que cree o fortalezca una posición dominante o impida significativamente la competencia*, al ser criterios o conceptos amplios, permiten abarcar situaciones como la cartelización precedente a la concentración económica, toda vez que permite hacer un trazado –junto con el análisis detallado de las condiciones de la concentración económica– de los efectos que puede tener la integración empresarial en el mercado, y es que si fue declarado como antijurídico (daño a un bien jurídico tutelado) el cartel, la misma antijuridicidad debe ser pregonada de la integración. Es decir, si el cartel es significativo (daña bienestar social, libertad de entrada, de escogencia y se genera un mercado no elástico desde la óptica de la demanda o de la oferta), dicha antijuridicidad se repite, pues la unión de las que antes se habían cartelizado conlleva el mismo resultado económico.

De otra parte, pese a no estar expresamente denominado por la doctrina, encontramos en la legislación colombiana que dicho motivo de objeción existe de manera expresa y se encuentra vigente⁷.

7 Pese a la existencia del artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, que trae como criterio genérico de objeción que la integración *tienda a restringir indebidamente la libre competencia*, consideramos que las dos causales de objeción establecidas por este Decreto se encuentran vigentes y no recae sobre ellas derogatoria expresa o tácita. Veamos:

La Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución n.º 84970 de 2018 se refirió a las presunciones contenidas en el artículo 5º del Decreto 1302 de 1964 sobre cuándo se presume que una integración

Como se desprende de la lectura del literal a) de la disposición transcrita atrás, la cartelización o conformación de acuerdos anticompetitivos previos a la solicitud de integración empresarial constituye para el legislador un motivo suficiente para objetar la concentración económica entre dos empresas. Tal circunstancia resulta lógica a la luz de lo expuesto, más si se tiene en cuenta que tras su incursión en una conducta antijurídica y culpable, la solicitud de una concentración empresarial que permita si quiera sospechar que aumentaría el poder unilateral de mercado y no crearía ganancias en eficiencia para la colectividad, admitiría lógicamente deducir que la intención del empresario puede llegar a ser la de utilizar la figura de la integración empresarial *como un vehículo para encubrir otro tipo de acuerdos restrictivos de la competencia* como, por ejemplo, aquellos de fijación de precios o de repartición de mercados.

Es igualmente importante entender que el encubrimiento de un cartel por esta vía es posible y probable bajo otro tipo de consideraciones, especialmente de orden técnico. La doctrina ha establecido que uno de los motivos por los cuales resulta riesgosa, y por lo cual debe hacerse un control sobre las operaciones de integración empresarial, es el flujo de la información. Especialmente en los casos de integración por creación de nueva empresa, debe tenerse en cuenta que no está desapareciendo un competidor del

económica genera restricciones indebidas de la libre competencia. En la mencionada resolución afirma la entidad que, a su criterio, la disposición se encuentra derogada por las normas contenidas en la Ley 1340 de 2009, en específico por lo establecido en los artículos 9º, 11º y 34º, toda vez que el artículo 5º del Decreto 1302 de 1964 reglamentó el antiguo párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 155 de 1959. Veamos las disposiciones:

El párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 155 de 1959 establece lo siguiente: "Párrafo 1º. El Gobierno Nacional *deberá objetar la operación*, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, *si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia*". Sin embargo, el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 fue modificado por el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, quedando este texto normativo así: "artículo 9º Control de integraciones empresariales. El artículo 4º de la Ley 155 de 1959 quedará así: "Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada (...)"

Como es ostensible, el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009 no reproduce lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 155 de 1959, puesto que se refiere a la posibilidad que tienen las empresas de integrarse económicamente y al deber de notificación, y no a cuando una integración económica debe ser objetada.

Pese a ello, lo dispuesto por el párrafo sí es reproducido por la Ley 1340 de 2009 en el artículo 11º, el cual establece el supuesto en el cual la Superintendencia de Industria y Comercio debe objetar las integraciones empresariales que le sean notificadas. Establece lo siguiente: "Artículo 11. Aprobación condicionada y objeción de integraciones. El Superintendente de Industria y Comercio *deberá objetar la operación* cuando encuentre que esta *tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia*". Como vemos, el artículo 11º de la Ley 1340 de 2009 reproduce el concepto contenido en el párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 1340 de 2009.

Ahora bien, siendo que el artículo 5º del Decreto 1302 de 1964 reglamentaba el párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 155 de 1959 y que, en realidad, *no existe derogatoria expresa ni tácita del contenido normativo dispuesto en el párrafo 1º en tanto fue reproducido con exactitud por la ley posterior, solo queda concluir que las presunciones contenidas en el artículo 5º del Decreto 1302 de 1964 están vigentes.*

mercado; por el contrario, se está creando otro nuevo que opera bajo el control de otros dos competidores. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que, del total de competidores participantes en un mercado específico, tres de ellos estarían compartiendo información sobre cómo participan en el mercado y esta circunstancia, aunada a un amplio poder de mercado, un alto grado de concentración y rivales sustancialmente más débiles, hace patente la existencia de un riesgo inminente para la libre competencia.

Ahora bien, de no tenerse como una causal expresa, esta situación fungiría como *antecedente relevante* para tener en cuenta a efectos de prever la posible afectación a la libre competencia y permitiría, por vía interpretativa⁸, la configuración de una motivación suficiente para objetar una integración empresarial, de la mano con factores como la cuota de mercado, poder unilateral de mercado, barreras de acceso, entre otros.

6.2. Que la integración aumente o refuerce la posición de dominio ya ostentada por las integradas, o cree una nueva en cabeza de la empresa nueva

En el escenario internacional, especialmente en los ordenamientos jurídicos alemán y norteamericano, dicha causal no tiene discusión, dado que de manera expresa se ha dispuesto que la posición dominante resultante de una operación de integración, por virtud de factores como la alta cuota de mercado de las integradas, el alto grado de concentración del mercado y las barreras de acceso al mercado, constituyen un claro riesgo de que la operación de integración genere efectos nocivos en el sistema de libre competencia en el mercado específico.

Igualmente, para la doctrina resulta claro que una integración económica debe ser objetada cuando presenta riesgos de crear o fortalecer una posición dominante⁹, salvo

- 8 Pese a no existir derogatoria expresa ni tácita del artículo 5 del Decreto 1302 de 1964, conforme a lo dispuesto por los artículos 71 y 72 del Código Civil, aún seguiría siendo aplicable la disposición mencionada, bien como norma interpretativa del artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 o bien como interpretación doctrinal de la misma norma. Veamos:

El artículo 14 del Código Civil establece dentro de la clasificación y tipos de leyes que la *ley interpretativa* será aquella que se limite a declarar el sentido de otras leyes y se entenderá incorporada en aquellas. Así, siendo que el artículo 5 del Decreto 1302 de 1964 establece las presunciones de cuándo una integración empresarial *tiende a restringir indebidamente la libre competencia*, debe tenerse este artículo 5 como ley interpretativa del artículo 11 de la Ley 1340 de 2009.

De otra parte, aun si se entendiera tácitamente derogado el artículo 5 del Decreto 1302 de 1964, este debería ser de aplicación indirecta como *criterio de interpretación doctrinal* conforme a lo dispuesto por el artículo 26 del Código Civil, pues no existe criterio de referencia adicional que permitiera dotar de contenido el concepto *tendiente a generar indebida restricción a la libre competencia*. Art. 26: "Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares".

- 9 Por ejemplo, el caso de la solicitud de integración presentada por General Electric y Honeywell, en la cual existía un riesgo de dominancia en la operación de integración dadas las condiciones de la misma y de las integrantes en ese mercado tan particular (productos aeroespaciales y de aeronaves). General Electric, a juicio de la Comisión Europea, ostentaba posición dominante en el mercado de los motores de reacción. Al respecto refiere Motta (2018): "La GE consideró que, tras la fusión, GE (General Electric)

que excepcionalmente se justifique la operación de concentración y el alto poder de mercado que ostenten las integradas o la nueva empresa bajo la excepción de ganancias en eficiencia.

Si bien el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 no incluye expresamente la posición de dominio como una causal de objeción de las integraciones empresariales, pero el Literal b) del artículo 5 del Decreto 1304 de 1964 la incluye tácitamente al señalar:

b) Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores o de los consumidores.

Lógicamente solo podrá "determinar precios inequitativos" quien ostente posición de dominio, ya que con ella no se cuenta con elasticidad de la demanda u oferta, razón para ser sujeto calificado de los supuestos fácticos de abuso.

6.3. Que la integración genere *efectos procolusorios*

Los efectos procolusorios, también llamados por Massimo Motta *efectos coordinados*, hacen referencia a los eventos en los que la concentración económica "(...) no supone una amenaza de poder de mercado por una sola empresa, pero genera condiciones más favorables para la colusión en la industria" (Motta, 2018, p. 304).

De esta forma, sale a flote la siguiente premisa: puede que no toda integración empresarial genere directamente un efecto restrictivo de la libre competencia, como el fortalecimiento de la posición dominante, pero puede *desincentivar a los demás competidores del mercado a competir y prefieren actuar de manera cartelizada*, ahorrando costos en esfuerzos por competir y teniendo ganancias fijas.

Hay integraciones empresariales que pueden favorecer la creación de carteles o aumentar la voluntad de las empresas para actuar de manera coordinada por dos motivos principales (Motta, 2018, p. 304):

- i) La fusión, por definición, reduce el número de empresas independientes.
- ii) La fusión puede dar lugar a una distribución más simétrica de los activos.

Ahora, si una concentración económica puede propiciar este tipo de situaciones y cambiar el entorno del mercado, entonces la integración tenderá a afectar la libre competencia, aun cuando lo hace de manera indirecta.

iba a poder apalancar su poder de mercado a través de diversos mecanismos que describo a continuación (GE capital, GECAS, empaquetamiento), a fin de crear una posición dominante en los mercados donde Honeywell está presente, pero GE no".

Sin embargo, es pertinente también decir que dichos efectos procolusorios no solo se pueden generar por la forma en que esté diseñada la solicitud de integración, ni por la posición dominante que ostenten las integradas. Dicha propensión a caer en los *efectos coordinados* responderá igualmente a la estructura del mercado.

Ahora, si bien puede advertirse que es una causal con grandes dificultades, puesto que implicaría prever con un alto grado de certeza que se generarán efectos colusorios en el mercado, lo cual ciertamente resulta complicado, puesto que predecir este tipo de fenómenos *a priori* no es sencillo. En dado caso, dicha previsión tendría que tener un grado de certeza suficiente tal que sustente la objeción de una integración económica, pues, de lo contrario, se estaría cercenando su derecho a los empresarios.

Entonces, cuando quiera que pueda advertirse con un alto grado de certeza que la integración atiende a la estructura del mercado y si esta cuenta con elementos que favorezcan la colusión puede llegar a generar un desincentivo tal en los demás competidores que se vean más interesados en actuar bajo acuerdos anticompetitivos, deberá objetarse la integración empresarial en aras de proteger el mercado de eventuales y potenciales restricciones.

6.4. Que la integración genere eficiencias excesivas

Como lo expusimos previamente, hay situaciones en las que, pese a la existencia de posibles restricciones a la competencia producto de una integración empresarial, podrá igualmente aprobarse la operación *cuando se exceptúe ganancias en eficiencia*.

Las ganancias en eficiencia, en general, deberían predicarse de toda integración empresarial, pues estas implicarán que se incremente el excedente del consumidor y, por ende, el bienestar social. De esta forma, procederá la aprobación de una operación de integración cuando, pese a poder generar efectos disruptivos en la competencia, representen ganancias en eficiencia para la colectividad que sean prevalentes o redunden en un bienestar general.

Dicha excepción la encontramos en el ordenamiento jurídico colombiano. El artículo 12 de la Ley 1340 de 2009 establece la excepción de eficiencia. Veamos:

Artículo 12. Excepción de Eficiencia. Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse [de] objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

Parágrafo 1°. Cuando quiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.

Como es evidente, la integración se autorizará cuando las ganancias en eficiencia tengan cierta magnitud y cuando la única vía para alcanzarlas sea la integración económica.

Empero, aun cuando se entiende que los principales beneficiados de la fusión serán los empresarios —puesto que ahorran costos de transacción y pueden obtener mayores utilidades— y solamente de manera indirecta se beneficia al colectivo, las ganancias en eficiencia *cuando fueren excesivas*, es decir cuando representen beneficios excesivos para el empresario, *pueden constituir un argumento en contra de la integración*.

La Comisión Europea ha argumentado los beneficios excesivos o *efficiency offence*¹⁰ como argumento para impedir algunas integraciones empresariales¹¹. El argumento se sustenta sobre la base de teorías económicas, como por ejemplo la teoría de los portafolios¹², que implican prácticas que terminan, en últimas, restringiendo la competencia en el mercado específico. Lo explica Motta (2018) de la siguiente forma: "A su vez, las

10 También lo llama Motta como *delito de ganancias en eficiencia excesiva*.

11 Al respecto refiere Motta al caso de General Electric/Honeywell, en el cual la Comisión Europea tuvo en cuenta este factor, dentro de otros varios para impedir la integración empresarial entre las empresas mencionadas. En este caso, las empresas que se desempeñan en el sector aeronáutico pretendían integrarse económicamente, General Electric tomaría el control de Honeywell. No obstante, dada la dominancia ostentada por estos agentes en el mercado, su posición dentro del mercado aeronáutico, las características propias del mercado de venta de aviones, repuestos y servicios posventa, y la posibilidad de que las empresas integradas incurrieran, luego de la operación, en *bundling* (ventas mediante empaquetamiento de productos combinados que tienden a reducir los precios en el mercado y a forzar la salida de los demás competidores) (Motta, 2018, p. 454), la Comisión decidió impedir la integración entre estas empresas. Consideró que las ganancias en eficiencia producidas por el *bundling* podrían, en últimas, derivar en una pérdida de bienestar, puesto que se estaría excluyendo a los demás competidores del mercado. Sin embargo, critica el autor que en dicha decisión la Comisión no tuvo en cuenta otro tipo de factores, como la vida útil de los productos que se estaban vendiendo y que la exclusión eventual de los otros competidores sería un efecto a largo plazo, cuestión que permitiría reevaluar dicho argumento como causal de objeción de la integración económica.

12 Dice Motta (2018): "Esta teoría se refiere a fusiones entre empresas que producen bienes que no pertenecen al mismo mercado de producto de referencia, pero que de alguna manera están relacionados o son complementarios. Las empresas que se fusionan podrían entonces venderlos juntos y ganar poder de mercado porque los compradores preferirían que fuera una sola empresa la que los suministrara y no varias" (p. 330). Como se puede evidenciar del texto citado, se hace referencia a prácticas empresariales de corte similar al *bundling*, en las que los empresarios buscan integrarse para vender productos relacionados de manera conjunta.

empresas fusionadas podrían utilizar su poder de mercado de una manera contraria a la competencia, y los competidores se verían obligados a salir de la industria como resultado de la fusión" (pp. 330-331).

Si bien la decisión tomada por la Comisión Europea en el caso General Electric/Honeywell se fundamenta en que para estas empresas la operación representaría ganancias en eficiencia excesivas, traducido en una reducción o ahorro en costos, *y ello podría conllevar la exclusión de competidores en el mercado* convirtiendo el mercado en inelástico desde la óptica de la oferta, hay una parte de la doctrina que es crítica de esta postura. Este sector establece que, si bien es cierto y probable que ese sea el efecto esperado de la concentración empresarial, es igualmente cierto que el uso de este argumento como causal de objeción puede llegar a resultar un tanto *paternalista* y a obstruir el desarrollo normal de las fuerzas del mercado, es decir que los competidores reaccionen y tomen medidas frente a esa concentración económica, por ejemplo buscando formas alternativas para vender dichos bienes complementarios empaquetados.

La postura de la Comisión Europea pareciera más tendiente a proteger a los competidores fuera de las empresas integrantes, bajo el presupuesto de que estos no tienen la posibilidad de competir con la empresa integrada en igualdad de condiciones. En otras palabras, a juicio nuestro, la Comisión Europea está objetando dicha integración empresarial como quiera que, aunada a un mercado concentrado y a una posición dominante actual o futura, podría conllevar la exclusión de competidores manifiestamente más débiles.

En resumen, si bien las cláusulas generales de objeción de las integraciones empresariales contenidas en las diferentes legislaciones son bastante amplias, encontramos que estas pueden dotarse de diferentes sentidos, atendiendo a los casos concretos y a una interpretación teleológica y contextual del concepto que subyace a dicha causal genérica. Así, los argumentos para objetar una integración empresarial son variados y sería un error establecerlos como *numerus clausus*. De otra parte, es importante notar que los efectos que puede tener la concentración económica en el mercado no se circunscribirán unívocamente a una posición dominante o a la ejecución de una práctica restrictiva de la competencia. Como lo vimos en el caso de los *efectos procolusorios*, muchas veces su efecto es indirecto y consiste en incidir en los incentivos para competir, motivo por el cual, insistimos, resulta de utilidad la existencia de una causal general de objeción donde tengan cabida toda esta multiplicidad de supuestos como los expuestos anteriormente.

Ahora, habiendo visto los motivos por los que una integración económica puede ser objetada, pasaremos a ver cuáles son los remedios aplicables a una integración cuando esta puede generar restricciones en la competencia, pero existe la posibilidad de aprobarla bajo condicionamientos.

7. REMEDIOS A LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES

Las operaciones de integración empresarial, dependiendo de los lineamientos impuestos por cada Estado, serán autorizadas, objetadas o autorizadas bajo condicionamientos impuestos por la autoridad de competencia de cada país.

Los condicionamientos son, esencialmente, *remedios o soluciones que brinda el ordenamiento jurídico cuando las integraciones empresariales pueden generar un impacto restrictivo en la libre competencia*, pero de modificarse las condiciones de la operación de integración, esta no tendrá efectos adversos o disruptivos en el mercado (Creus, 2008).

Estos condicionamientos, o como los llama la doctrina española, *compromisos*, son correctivos con los cuales se busca, aunque suene redundante, corregir el impacto que puede tener una concentración económica frente a la competencia, para lograr que de esta forma la operación tenga una afectación mínima en el mercado, sin que se cercene la libertad de empresa como Derecho constitucional (Creus, 2008, p. 242).

Los remedios o condicionamientos pueden ser de dos tipos: *estructurales o de comportamiento*.

Los estructurales harán referencia a la modificación en la estructura de las empresas que se integran. Es por ello que, generalmente, estos remedios consistirán en la desinversión de activos o enajenación de activos. Los ordenamientos norteamericanos y comunitarios han formulado remedios estructurales como los siguientes: el fiduciario de seguimiento y de desinversión (*monitoring trustee* y *divestiture trustee*)¹³, el comprador adecuado o viable¹⁴, el vallado de protección (*ring-fencing*)¹⁵, entre otros. Cada una de estas figuras es un remedio estructural que tiene como finalidad corregir, a partir de modificaciones en la estructura de las empresas que se integran, el impacto negativo que pueda tener la concentración en la competencia.

De otra parte, los remedios de comportamiento buscan imponer obligaciones de hacer o de no hacer en el mercado, a las empresas que se pretenden integrar. Sin embargo, no siempre es posible encontrar obligaciones de conducta puras, dado que estas muchas veces conllevan como consecuencia alguna modificación estructural; ejemplo de esto es el dar acceso a infraestructura a terceros o la modificación de contratos de suministro o de otro tipo de relaciones contractuales (Igartúa, 2008, p. 223). Ejemplos de estos remedios no estructurales usados por la Comisión Europea son: acceso de terceros a infraestructuras

- 13 La figura general es la del fiduciario o *trustee*. La figura tiene dos modalidades: el fiduciario de seguimiento y el fiduciario de desinversión. Su objetivo sería la supervisión o vigilancia del negocio (la desinversión de activos) o de los compromisos que haya adquirido la empresa, dependiendo del caso. Básicamente cumplirá las funciones de vigilancia que debería cumplir la autoridad de competencia, en virtud de un contrato oneroso, es decir que el fiduciario tendrá derecho a una remuneración que corre por cuenta del vigilado (Creus, 2008, p. 248).
- 14 Creus (2008) afirma que hace parte de los remedios colaterales planteados a la desinversión como remedio de la integración. Se parte de la premisa de que, por regla general, los activos o empresas objeto de la desinversión por sí solos no son capaces de mejorar la competencia. De esta forma, tendrá que, como en el caso del fiduciario, existir un gestor de dichos activos para que se permita la incorporación de competidores ya existentes y así se mejore la competencia. El comprador adecuado o viable podrá ser un rival importante en el mercado, bien por adquirir los activos de la desinversión o por los suyos propios. Sin embargo, este comprador no tendrá vínculos con las partes de la operación ni podrá tener problemas de competencia (p. 250).
- 15 Es una medida que puede atender a dos objetivos y, por ende, tomar dos formas. La primera de ellas estará dirigida a evitar el intercambio o flujo de información entre las empresas que se fusionan o de las que se debe separar durante el periodo de desinversión de activos. Su otra interpretación es que se refiere a la separación de actividades internas de la empresa (Creus, 2008, p. 252).

clave, modificaciones en contratos exclusivos a largo plazo y otro tipo de obligaciones de no hacer o deberes de abstención en el mercado (Igartúa, 2008, p. 225).

Es entendible la preferencia por parte de las autoridades de competencia por los remedios estructurales, toda vez que estos no exigen, como sí lo hacen los remedios de comportamiento, un esquema de seguimiento por parte de la autoridad administrativa. Adicionalmente, los remedios estructurales presentan otra ventaja con relación a los remedios de comportamiento: Su carácter definitivo o, por lo menos, duradero. Lo anterior no significa que los remedios de conducta no sean útiles o efectivos. Cuestión diferente es que no todas las situaciones requieren el mismo tipo de remedios. Es por ello que será la autoridad administrativa en materia de competencia la que deba escoger, o formular, los remedios más pertinentes, dependiendo del escenario concreto del caso y los condicionamientos o remedios que procedan.

En Colombia, la autoridad de competencia puede implementar condiciones de autorización, tal como lo indica el artículo 11 de la Ley 1340: "(...). Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia".

CONCLUSIONES

Como vimos, en Colombia el modelo de protección de la competencia, desde el punto de vista organizacional o procedimental, se basa en dos pilares: i) la existencia de una autoridad administrativa, adscrita a un ministerio, que desarrolla las funciones de policía administrativa de manera especializada por materia, es decir, específicamente sobre prácticas restrictivas de la competencia, competencia desleal, protección al consumidor y propiedad industrial, y ii) la existencia de la jurisdicción contenciosa administrativa como vía judicial para dirimir los conflictos que surjan a partir de los actos administrativos expedidos por la autoridad administrativa en materia de competencia.

Ahora bien, las actuaciones administrativas adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, en especial en materia de prácticas restrictivas de la competencia, son procedimientos administrativos en los cuales la administración toma el papel de instructor y juzgador frente al particular investigado. Mucho se ha discutido ya sobre la conveniencia o no de este procedimiento; sin embargo, nuestro propósito aquí no es ahondar en ello.

Consideramos que en Colombia dicho esquema organizacional y procesal debería cambiar sustancialmente. Los principales motivos para considerar como necesario este cambio son la demora de los procedimientos administrativos y su resolución final en sede jurisdiccional ante la jurisdicción contenciosa administrativa y la ruptura que dicha estructura genera frente a las fuentes del Derecho. Analicemos esto a fondo:

En primer lugar, teniendo en claro que la Superintendencia de Industria y Comercio decide mediante actos administrativos que son susceptibles de recursos administrativos, el *iter* procesal para controvertir una decisión en materia de competencia se torna suma-

mente extenso. Habrá que interponer los recursos administrativos a los que haya lugar (en especial en aquellos casos en los cuales la interposición del recurso se hace obligatorio para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa); posteriormente se podrá demandar en nulidad simple o nulidad y restablecimiento del Derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pasando por primera y segunda instancia. En resumidas cuentas, pasarán muchos años hasta que se tenga una decisión definitiva frente a un acto administrativo expedido por la entidad en el que se decida un tema de competencia.

En conclusión, la excesiva demora que conlleva este esquema procesal no se compagina con la necesidad de agilidad que demanda este tipo de decisiones que tanta importancia tienen para un sector de la economía.

De otra parte, si bien resulta interesante la existencia de una entidad administrativa especializada en asuntos de competencia, así como igualmente se ha planteado en otros ordenamientos jurídicos, consideramos que la forma como se ha establecido que actúe la entidad podría ser más eficiente y coherente con el esquema jurídico-normativo colombiano si se planteara de manera diferente. La aplicación de las normas sobre Derecho de la competencia por parte de la autoridad administrativa ha generado que se sienta una especie de precedente administrativo sobre estos temas, cuestión que debería estar reservada para los jueces. En tal sentido, sería más afortunado que se estableciera un sistema con base en un modelo acusador, en el que la Superintendencia de Industria y Comercio fungiera como un fiscal que adelanta la investigación del caso y lo llevara ante el juez competente que sería quien decidiera sobre la solicitud presentada por la entidad administrativa como ente acusador.

La mecánica actual es que las grandes compañías quieren participar en todos los países, y para eso prefieren entrar a un mercado nuevo *comprando una empresa ya constituida* y sobre esa marca ya *“en marcha”* adelantar un plan de mercadeo para posicionar la marca mundial en otros mercados. Así, *se ahorran los costos de aprendizaje de un mercado nuevo*. Es por ello que encontramos tan comunes las integraciones empresariales, pues implica una gran reducción de costos para los empresarios con miras expansivas. Pese a ello, como ya hemos dicho, al tener la potencialidad de generar restricciones a la libre competencia, debe observarse con cuidado sus causales de objeción y los remedios aplicables, pues con estos se está protegiendo un interés superior. Por tal motivo, en este tema vemos de la mayor importancia explicar las causales de objeción a las integraciones empresariales y los remedios que existen para ellas.

Las causales de objeción de las integraciones empresariales no se limitan a una sola circunstancia, como es que “tienda a restringir indebidamente la competencia”, debe tener un marco bajo la ley interpretativa¹⁶ o interpretación doctrinal¹⁷.

16 “Artículo 14. De las leyes que declaran el sentido de otras leyes. Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en estas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio”.

17 “Artículo 26. Interpretación doctrinal. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en

REFERENCIAS

Normas

Constitución Política de Colombia, 1991.

Código Civil.

Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones

Decreto 1302 de 1964, por el cual se reglamenta la Ley 155 de 1959, en armonía con los Decretos 1653 de 1960 y 3307 de 1963.

Reglamento 1/2003 de la Comisión Europea.

Doctrina

Allendesalazar, R. (2008). Posibles reacciones a eventuales restricciones de la competencia. En Martínez y Petitbo. *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.

Cañizares, E. y Domínguez, D. (2008). Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio. En Martínez y Petitbo. *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.

Creus, A. (2008). Varios remedios en busca de un daño a la competencia por una concentración. Conceptos e instrumentos clave en materia de remedios: Comprador adecuado, negocio viable, el trustee y otros. En Martínez y Petitbo. *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.

García, E. y Fernández, R. (2002). *Curso de Derecho Administrativo I*. 11 ed. Madrid: Civitas

García, E. y Fernández, R. (1997). *Curso de Derecho Administrativo II*. 8 ed. Madrid: Civitas

Igartúa, I. (2008). Las soluciones de comportamiento. En Martínez y Petitbo. *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.

Lemley, M. & Leslie, C. (2010). *Gilbert Law Summaries: Antitrust*. 11 ed. Chicago: Thomson West.

Motta, M. (2018). *Política de competencia*. Teoría y práctica. 1 ed. México: Fondo de Cultura Económica.

Rowe, M. & Ellison, J. (2012). United Kingdom. En Knable, I. *The merger control review*. 3 ed. Londres: Law Bussiness Research Ltd.

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo: competencia desleal, abuso de la posición de dominio, carteles restrictivos, actos restrictivos, integraciones económicas y protección al consumidor*. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

"Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina".